

4. TÉCNICAS

4.1 PARECER EM PROCEDIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA: DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE FAMÍLIA PARA CONHECER DAS CAUSAS DE SEPARAÇÃO JUDICIAL QUE NOTICIAM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

ANGELO ALEXANDRE MARZANO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

MM Juiz,

Trata-se de *ação de separação judicial* ajuizada perante a Vara de Família e Sucessões desta Comarca de Sete Lagoas, em ___ de _____ de 2006 (fls.), na qual a autora M. S. S. pretende se separar do réu G. G. S., ambos ali qualificados.

Conclusos os autos, manifestou-se aquele Juízo de Família, às fls., - sem ouvir o Ministério Público -, no sentido de, em função da nova Lei n.º 11.340/06 e por entender que a autora estaria sofrendo violência moral, física e psicológica por parte do réu, que o Juízo de Família não é competente para apreciar a presente separação, tendo determinado a redistribuição do mesmo para uma das Varas Criminais da Comarca.

É o relatório.

“Hoje, tanto quanto os homens, as mulheres são reconhecidamente sujeitos de desejo e de direitos.” (Rodrigo da Cunha Pereira, Mestre em Direito, Professor e Presidente do Instituto Brasileiro do Direito de Família). Com a devida vênia, entendo que aquela mencionada decisão do Juízo de Família revela-se tecnicamente equivocada, contrariando tanto o espírito da Lei n.º 11.340/06 quanto a razoabilidade que tanto as partes envolvidas quanto a sociedade - esperam de uma decisão judicial. Vejamos:

É bem verdade que, com o advento da chamada Lei “Maria da Penha” – que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher – surgiram dúvidas nos operadores do Direito acerca da competência para apreciação dos feitos nos quais se noticia eventual violência doméstica contra a mulher.

De fato, tal questão é realmente grave e urgente, uma vez que, sem solucioná-la - por se tratar de questão de ordem prática - nenhum processo pode ser adequadamente recepcionado no sistema. E a referida lei, na verdade, subverteu regras processuais

básicas de distribuição de competência que, até então, eram reguladas em linhas gerais pelo critério de elaboração dos grupos de causas.

Assim, antes do advento da lei, os Juízes das Varas de Família sabiam-se competentes para julgar os processos de divórcio, separação e conflitos daí decorrentes, como pensão e guarda de filhos. Já os Juízes Criminais, os crimes em geral e os procedimentos deles derivados.

Entretanto, com o advento da Lei “Maria da Penha”, constatou-se que ignorou o legislador todos aqueles critérios anteriores, ao determinar a criação de varas específicas para conhecer dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo certo que, até que as mesmas fossem criadas, o Juízo Criminal deveria arcar com tal ônus.

Aquela situação, de antemão, foi por muitos refutada, uma vez que:

Diante da multiplicidade das situações enquadradas como ofensivas, não há nem como prever quais serão as causas a serem julgadas nessa vara – Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – ou pelos juízes criminais, *porque enfim, todo tipo de processo que tramita no fórum pode guardar um hipótese de violência doméstica ou familiar*. Assim, a prevalecer a falta de critério, *o titular da vara da violência doméstica deverá processar causas totalmente dispares entre si*, como júri, estupro, atentado violento ao pudor, separações e divórcios litigiosos, lesões corporais, ameaça, difamação e tudo o mais que couber no juízo de valor subjetivo das partes, dos advogados, dos demais juízos que poderão, a qualquer momento, declinar de sua competência, se o tema da violência doméstica aparecer no decorrer do processo, e até mesmo do distribuidor do fórum, já que não haverá uma classe predeterminada de ações. (Elisabeht Rosa Baisch, Juíza de Direito, in “Apartheid Processual”, disponível no sítio www.sedep.com.br, em 24.10.2006 - grifei).

Tais considerações – lúcidas e pertinentes – já permitem alcançar certa conclusão: a interpretação literal, de forma solitária, não é o caminho adequado para trilhar a aplicação daquela mencionada legislação, pena de o operador do Direito abraçar as falhas técnicas de competência ali identificadas.

É preciso o auxílio de técnicas superiores de interpretação da lei, de modo a buscar a identificação mais precisa possível com as intenções do legislador, consolidando aquela legislação, de forma sistemática, com o restante do ordenamento e com os

princípios gerais do Direito, eis que a ninguém é permitido discordar da premissa de que a interpretação da norma não deve se afastar da visão de todo o sistema. Vale dizer, impõe-se, além da interpretação lógico-sistemática, invocar os princípios gerais dos Direitos Penal e de Família.

Tudo com a intenção de fazer valer as regras protetivas previstas na novel legislação para a mulher em situação de risco (isto é, vítima de violência doméstica e familiar), permitir a aplicação da força repressiva do Direito Penal e, ao mesmo tempo, adotar as diretrizes do Direito de Família, no sentido de buscar o entendimento – leia-se conciliação – entre as partes, evitando-se o desmoronamento prematuro da instituição familiar.

Afinal, como nos lembra Roberto Tardelli, Promotor de Justiça do 1º Tribunal do Júri de São Paulo:

A violência doméstica é uma chaga social, que corrói as estruturas familiares, que despersonaliza, humilha, rebaixa a mulher, que pouco pode fazer contra aquele que a agride. A chamada Lei Maria da Penha, na verdade lei nº 11.340/06, vem inaugurar em solo brasileiro a primeira tentativa de enfrentamento dessa questão e o faz, *com todos os defeitos que nela se puderem localizar*, corajosamente. (in “Revista Criminal”, n.º 5, pág.17, editora Segmento, São Paulo, 2007 - grifei).

Para permitir, assim, a concreção de decisões justas – no que se refere especificamente à possibilidade de invocar o Juízo Criminal para eventuais resistências a pretensões da mulher postuladas no Juízo de Família –, vejo que a uma primeira questão a ser enfrentada refere-se à exigência – ou não – de *representação* por parte da mulher, de modo a permitir a invocação das medidas protetivas daquela legislação protetiva.

E no que se refere à *representação* para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher – condição essencial de procedibilidade penal – pode-se dizer, como ensina Damásio de Jesus, que são consideradas duas posições:

1ª) *a ação penal* por crime de lesão contra a mulher, resultante de violência doméstica ou familiar, *é pública incondicionada*, tendo em vista que o art. 41 da lei n.º 11.340/2002 excluiu, nesse caso, a aplicação da Lei n.º 9.099/05, em que se incluiu o art. 88, que previa a representação como condição de procedibilidade;

2ª) trata-se de *ação penal pública condicionada à representação*;

A toda evidência, e com fundamento na interpretação sistemática do sistema jurídico atualmente vigente, a segunda posição é a que deve prevalecer.

Para que se chegue a tal conclusão, basta refletir sobre os argumentos produzidos pelo já mencionado doutrinador Damásio de Jesus, abaixo transcritos:

Segundo entendemos, a Lei n. 11.340/2006 não pretendeu transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contrariaria a *tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar*. Público e incondicionado o procedimento policial e o processo criminal, seu prosseguimento, no caso de a ofendida desejar extinguir os males de certas situações familiares, só viria piorar o ambiente doméstico, impedindo reconciliações. O propósito da lei foi o de excluir da legislação a permissão da aplicação de penas alternativas, consideradas inadequadas para a hipótese, como a multa como a única sanção e a prestação pecuniária, geralmente consistente em “cestas básicas” (art. 17). O referido art. 88 da Lei n. 9.099/95 não foi revogado nem derogado. Caso contrário, a ação penal por vias de fato e lesão corporal comum seria também de pública incondicionada, o que consistiria em retrocesso legislativo inaceitável. Além disso, de ver-se o art. 16 da Lei n. 11.340/2006: não teria sentido falar em renúncia à representação se a ação penal fosse pública incondicionada. A lei brasileira enfrentou o mesmo dilema no qual se viram envolvidas outras legislações: o do *empowerment das mulheres*. O início da persecução criminal e seu prosseguimento devem ser deixados nas mãos das mulheres ou o poder de decisão pertence somente ao Estado, sem a interferência daquelas? Aceita a primeira alternativa, sendo a ação penal de exclusiva iniciativa da vítima, sem interferência do Estado (ação penal privada), sua decisão de processar ou não o autor da violência e de prosseguir ou não com a persecução criminal pode derivar de inúmeros motivos e situações (reconciliação, vingança, medo, pressão, susto no agressor, trauma etc.). Sob outro aspecto, sabemos que, nas ações penais privadas, poucos são os casos de condenação. Além disso, deixar o poder de iniciativa só com a vítima enfraqueceria a política pública de minimizar esse mal social. Adotada a segunda opção, tornando a ação penal pública incondicionada, o episódio pode resultar em condenação do autor, o que, tratando-se de marido, ensejaria até a ruína da família. Entre os dois caminhos, *a lei brasileira escolheu o meio termo*, desprezando as duas variantes – nem ao céu, nem à terra. *Decidiu-se por uma posição intermediária, em que a ação penal não é exclusivamente privada nem pública incondicionada. Daí ter acolhido a opção da ação penal pública dependente da representação*. Como consta do Guide

for Law Enforcement Officials on “Effective Responses to Violence against Women”, “a autodeterminação das mulheres deve ser um dos princípios que norteiam a atividade policial e da Justiça Criminal”. (JESUS, Damásio de. Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006). São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, set. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>.)

Embora já grifados, vale insistir nos princípios gerais que podem ser extraídos do texto acima:

- a tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima;
- a necessidade de não retirar da mulher os meios legais de restaurar a paz no lar;
- a aceitação do chamado “empowerment” das mulheres, isto é, o reconhecimento da mulher como “sujeito de desejos e de direitos”;
- a opção, para os casos de violência doméstica e familiar, da ação penal pública dependente da representação.
- o respeito à autodeterminação das mulheres deve ser um dos princípios que norteiam a atividade policial e da Justiça Criminal.

Princípios estes que, certamente, não foram levados em conta na decisão que determinou a redistribuição do presente procedimento – da classe de competência do Juízo de Família – para a Justiça Criminal.

Posta, assim, a questão da representação – que identifica o essencial ponto da procedibilidade para a Justiça Criminal -, surge outra necessidade de reflexão, voltada agora exatamente para a desistência da mulher em prosseguir com procedimento já iniciado, que tecnicamente refere-se à “renúncia a anterior representação”.

Tal expressão, no dizer de Damásio de Jesus, “indica abdicação do direito de a ofendida manifestar vontade de movimentar a máquina da Justiça Criminal contra o agressor” (*in* “A questão da renúncia à representação na ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica ou familiar contra a mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006)”. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, set. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>.).

Ou seja, a nova legislação proporciona à mulher em situação de risco que, mesmo já oferecida a representação e, até que seja iniciada a ação penal contra o agressor

– isto é, até o recebimento da denúncia – a possibilidade de desistir da movimentação da máquina judiciária, seja simplesmente desistindo de seus objetivos iniciais, seja buscando-os de outra forma – por exemplo, nas esferas da Justiça Cível ou da Justiça de Família.

O que nos leva a concluir que, ao ajuizar a mulher em situação de risco eventual ação de separação judicial, de separação de corpos, de divórcio, de alimentos, de guarda, etc, perante a Justiça de Família, tal manifestação reveste-se da característica de “renúncia tácita *ex ante*” a seu direito de movimentar a Justiça Criminal contra seu agressor.

Seja porque não pretende que o braço forte da Justiça Criminal se movimente contra seu anterior companheiro, seja porque, com ele – apesar das agressões -, mantenha anda um certo afeto, seja por pensar no bem estar de eventuais filhos que com ele teve, o certo é que, ao *optar* por resolver seus “desejos” e seus “direitos” no Juízo de Família, a mulher em situação de risco demonstra, a um só tempo, sua confiança na força do Juízo de Família e, de outro, sua maturidade e força, ao não tentar solucionar suas angústias na esfera criminal.

Revela-se, assim, plenamente conhecedora de suas opções e de seus direitos de cidadã, forte na máxima de que “Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência”, parta ela de seu antigo companheiro, parta ela de uma decisão equivocada do Juízo de Família – uma vez que esta, ao não ouvi-la e determinar a continuidade do procedimento por ela iniciado no Juízo de Família agora ao Juízo Criminal, reveste-se, de forma inequívoca, do caráter de decisão juridicamente violenta.

Ao menos no que se refere à violência que dela se extrai contra o direito constitucional à intimidade, que, em nosso entender, foi ignorado por aquela decisão.

Todas estas considerações – que não se restringem à interpretação puramente gramatical adotada pelo Juízo de Família desta Comarca de Sete Lagoas – refletem, tão somente, o entendimento que os operadores do Direito preocupados com a necessidade de tornar a Justiça cada vez mais um instrumento a serviço do cidadão – e não um obstáculo a suas pretensões - devem adotar.

Lembro, mais – e ainda na companhia do professor Damásio de Jesus -, que:

De modo geral, quando a pesquisa da vontade da lei por intermédio da análise gramatical não basta para se encontrar a compreensão pretendida, é preciso usar a interpretação teleológica, que compreende o exame dos motivos, as necessidades que orientaram o legislador, o princípio que o inspirou (*ratio legis*), a finalidade (*a vis legis*) e,

por último, as circunstâncias do momento (a *occasio legis*). Para a apreensão do significado da norma, é necessário indagar qual a sua finalidade: a *ratio legis*. A interpretação não deve se afastar da visão de todo o sistema. {JESUS, Damásio de. A questão da renúncia à representação na ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica ou familiar contra a mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006). São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, set. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>}.}

Ora, ao determinar a redistribuição da presente ação da classe do Direito de Família a uma das Varas Criminais da Comarca, tem-se por evidente que o Juízo de Família da Comarca de Sete Lagoas adicionalmente ignorou, de forma aguda, as *necessidades que orientaram o legislador, o princípio que o inspirou, a finalidade e as circunstâncias do momento*.

Importa lembrar que recentemente – em 22 de janeiro de 2007 -, e certamente com apoio na fundamentação acima, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através de sua Câmara Especial, ao enfrentar a dúvida se uma ação de separação de corpos, preparatória de futura ação de separação judicial, deveria ser processada pelas varas criminais em caso de violência contra a mulher, decidiu que “a competência para julgar ações de separação de casais continua com as varas de Família e Sucessões, mesmo com relato de violência doméstica contra a mulher, a menos que haja pedido de medidas protetivas”, em acórdão que teve como relator o vice-presidente daquela Corte, Desembargador Caio Canguçu de Almeida.

Na fundamentação daquela decisão, enfatizou-se que:

[...] se a mulher, ainda que tendo sofrido ofensas que possam caracterizar hipótese de violência doméstica e familiar, OPTA por ajuizar diretamente a juízo especializado medida cautelar de separação de corpos, preparatória de futura ação de separação judicial, sem outras conotações ou postulações de ordem criminal, ela deve ser processada em uma vara da Família e sucessões, em respeito à opção da própria ofendida.

De fato, seria inadmissível que uma legislação criada para proteger o sexo feminino viesse, ao ser promulgada, prejudicar os interesses de quem busca proteger, quando da ocorrência de episódios de violência.

Não por outras razões, já havia sido aprovada, no I Simpósio dos Procuradores e Promotores Criminais de Minas Gerais, realizado em Araxá, no 2º Semestre de 2006, a seguinte ementa:

No exercício da competência conferida pelo art. 33 da Lei n.º 11.340/06, poderá o Juízo Criminal, ouvido o Ministério Público,

homologar acordos celebrados entre as partes envolvidas e relacionadas com questões cíveis ou de família previstas nos arts. 22, 23 e 24 da mesma Lei, devendo a execução, bem como *as ações principais pertinentes a medidas cautelares de natureza não-penal processarem-se perante o Juízo cível ou de família competente*. (Ementa n.º 02, Oficina n.º 05 (Legislação Especial), item 3 – Violência Doméstica – com grifos nossos).

As conseqüências não podem ser outras, portanto, que aquelas mesmas adotadas pelo Juízo da 1ª Vara Criminal desta mesma Comarca de Sete Lagoas, nos autos de n.º 0672 06 225741-1, em 26 de janeiro de 2007, ao enfrentar a mesma questão constante destes autos:

Portanto – em face de todas estas considerações – DETERMINO QUE ESTES AUTOS SEJAM REDISTRIBUÍDOS À VARA DE ORIGEM, para que S.Exa. – SE ASSIM O ENTENDER – dirima quanto às questões relativas à representação da ofendida, a ocorrência de renúncia a este direito, bem como a questão da regularidade formal de eventual retratação da representação anteriormente ofertada contra o suposto agressor e continue a dirimir os temas de sua competência originária, quais sejam, a separação judicial ou o divórcio ou a separação de corpos, etc. Uma vez cumprida esta condição essencial de procedibilidade penal, penso que S. Exa. – ao nosso incompetente juízo – deverá nos encaminhar peças ou traslado destes autos, para que, de nossa parte, providenciemos o ENCAMINHAMENTO DA ESFERA CRIMINAL À DEPOL, PARA QUE A DIGNA AUTORIDADE POLICIAL VERIFIQUE AFINAL A PROCEDÊNCIA DAS INFORMAÇÕES CONSTANTES DO ÂMBITO DESTE PROCESSO, FICANDO AO PRUDENTE CRITÉRIO DA MESMA AUTORIDADE, A EFETIVA INSTAURAÇÃO DO RESPECTIVO INQUÉRITO, ao teor do art. 5º, §3º, do C.P.P., com a aplicação – por parte também deste nosso juízo – das medidas protetivas de urgências previstas na ‘Lei Maria da Penha’ (e que eventualmente se encontrem no bojo destes autos) ou, de outra sorte – como já é de nosso entendimento – determinando, paralelamente, que estas medidas protetivas sejam, isto sim, equacionadas nos juízos próprios – cível e/ou mesmo de família – mediante o comparecimento da ofendida na Defensoria Pública da Comarca, se advogado particular não puder constituir, determinando, para tanto, e *ad cautelam*, a sua pessoal intimação.

Conclusões estas que, por adequadas ao presente caso, são por nós adotadas.